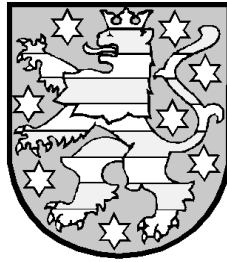

THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 3. Senat -

3 VO 517/17

Verwaltungsgericht Weimar

- 3. Kammer -

3 K 230/17 We

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der A_____ GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer,
S_____, _____ E_____

Klägerin und Beschwerdegegnerin

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Grünert u. a.,
Gerhart-Hauptmann-Straße 26, 99096 Erfurt

gegen

die Stadt Erfurt,
vertreten durch den Oberbürgermeister,
Fischmarkt 1, 99084 Erfurt

Beklagte und Beschwerdeführerin

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Oppler Büchner PartGmbH,
Schönsberg 10, 22395 Hamburg

wegen

Gewerbeordnung,
hier: sonstige Beschwerde im Klageverfahren

hat der 3. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Bathe, den Richter am Oberverwaltungsgericht Peters und den an das Gericht abgeordneten Richter am Verwaltungsgericht Kirschbaum

am 26. Februar 2020 **beschlossen** :

Die Beschwerde der Beklagten gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Weimar vom 30. Mai 2017 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht wird nicht zugelassen.

G r ü n d e

Die gemäß § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG in Verbindung mit §§ 146 Abs. 1, 147 VwGO zulässige Beschwerde ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat den von der Klägerin beschrittenen Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zu Recht nach § 17a Abs. 3 GVG für zulässig erklärt. Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist nach § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.

Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage festzustellen, dass die Ablehnung des Zuschlags der Vergabe der weihnachtlichen Gestaltung des Wenigemarktes im Stadtgebiet der Beklagten 2016 gegenüber ihr durch Bescheid vom 13.09.2016 rechtswidrig war und die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, ihr den Zuschlag der Vergabe der weihnachtlichen Gestaltung des Wenigemarktes für den streitgegenständlichen Zeitraum zu erteilen.

Diese - nicht verfassungsrechtliche - Streitigkeit ist zunächst nicht durch eine gesetzliche Bestimmung einem anderen Rechtsweg zugeordnet. Insbesondere liegt hier keine abdrängende Sonderzuweisung nach dem Vergaberecht vor. Zu Recht, ohne dass dies im Übrigen von den Beteiligten angegriffen wird, hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass hier zwar die Vergabe einer Dienstleistungskonzession nach § 105 GWB vorliegt, die aber den für die Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und damit für die Anwendung des darin vorgesehenen Nachprüfungsverfahrens (§§ 152 ff. GWB) erforderlichen Schwellenwert nach § 106 GWB nicht erreicht. Insoweit nimmt der Senat umfassend Bezug auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts im angefochtenen Beschluss (Bl. 2 f. des Beschlussumdrucks).

Es handelt sich auch um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich ist, bestimmt sich nach der Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses (BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007 - 6 B 10.07 - juris Rdn. 4 m. w. N.). Maßgeblich ist allein die wirkliche Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses, nicht hingegen die rechtliche Qualifizierung des geltend gemachten Anspruchs durch die Prozessbeteiligten. Ob für das Klagebegehren eine Anspruchsgrundlage in Betracht kommt, die in dem beschrifteten Rechtsweg zu verfolgen ist, ist auf der Grundlage des Klageantrags und des zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalts zu prüfen (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 03.11.2014 - 2 E 10685/14 - juris Rdn. 5; a. A. OVG Sachsen, Beschluss vom 06.09.2012 - 3 E 72/12 - juris Rdn. 4).

Bei Streitigkeiten über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen mit einem Auftragswert unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte gilt dabei zunächst - wie von den Beteiligten und dem Verwaltungsgericht zu Recht zitiert - nach der übereinstimmenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofs grundsätzlich, dass für die Zuordnung nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns maßgeblich ist (BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007 - 6 B 10.07 - juris Rdn. 8; BGH, Beschluss vom 23.01.2012 - X ZB 5/11 - juris Rdn. 20; Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 29.10.2018 - 10 ME 363/18 - juris Rdn. 7 ff.). Ist diese privatrechtlich, so ist es grundsätzlich auch die betreffende Streitigkeit. Umgekehrt ist prinzipiell der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn sich das staatliche Handeln in den Bahnen des öffentlichen Rechts vollzieht.

Das Bundesverwaltungsgericht betont insoweit, dass sich die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in aller Regel auf den Boden des Privatrechts bewegt, sodass für diese Streitigkeiten der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben ist (BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007 - 6 B 10.07 - juris Rdn. 5 m. w. N.). Dies gilt jedenfalls dann, wenn bei der Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags keine gesetzliche Verpflichtung zu bevorzugter Berücksichtigung eines bestimmten Personenkreises zu beachten ist. Dabei geht das Bundesverwaltungsgericht von der Situation aus, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge der Staat als Nachfrager am Markt tätig wird, um einen Bedarf an bestimmten Gütern und Dienstleistungen zu decken. In dieser Rolle als Nachfrager unterscheidet er sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern (BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007 - 6 B 10.07 - juris Rdn. 5 ff.; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22.07.2019 - 1 O 149/18 - juris Rdn. 20).

Anders als die Beklagte meint, ergibt sich aus dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht, dass die Vergabe der Dienstleistungskonzession in Form des Vertrages per se dem Privatrecht zuzuordnen ist. Vielmehr ist weiterhin zu unterscheiden, ob es sich hierbei um ein privatrechtliches oder ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis handelt.

Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis folgt dabei allerdings nicht schon daraus, dass die staatliche Stelle bei der im Vergabeverfahren vorzunehmenden Auswahl an das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden ist. Wie das Bundesverwaltungsgericht hierzu ausgeführt hat, ist die Frage, ob und in welchem Umfang bei der Auswahl eines Vertragspartners durch die öffentliche Hand eine derartige Bindung besteht, keine des Rechtsweges, sondern der zu treffenden Sachentscheidung (vgl. hierzu im Einzelnen: BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007 - 6 B 10.07 - juris Rdn. 9 ff.).

Das streitgegenständliche Vertragsverhältnis ist jedoch gleichwohl öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.

Die Beklagte verkennt in ihrer Argumentation, dass hier keine Maßnahme im Rahmen des klassischen verwaltungsprivatrechtlichen Handelns in Streit steht, also sie nicht als Nachfrager am Markt tätig ist, um einen Bedarf an bestimmten Gütern und Dienstleistungen zu decken (vgl. grundlegend zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 29.10.2018 - 10 ME 363/18 - juris

Rdn. 7 f.). Ihre Position unterscheidet sich grundlegend hiervon; sie tritt im vorliegenden Fall nicht als „Marktteilnehmer“ auf, sondern vergibt (quasi als öffentlich-rechtlicher Hoheitsträger mit Monopolstellung) eine Dienstleistungskonzession für die Veranstaltung eines öffentlichen Weihnachtsmarktes auf öffentlichen Straßen und Plätzen im Rahmen der Erfüllung (freiwilliger) kommunaler Aufgaben.

Für die Abgrenzung zwischen einem Vertragsverhältnis nach öffentlichem oder privatem Recht ist - wie ausgeführt - entscheidend auf den Gegenstand des Vertrags abzustellen. Es kommt darauf an, ob sich der wesentliche und prägende Regelungsgegenstand des Vertrags auf Sachverhalte bezieht, die von der gesetzlichen Ordnung im öffentlichen Recht oder im Privatrecht geregelt sind (vgl. zu allem: Bonk/Neumann, in: Stelkens u. a., VwVfG, 8. Aufl., § 54 Rdn. 76 m. w. N.). Es ist danach zu fragen, ob der Vertrag einen Gegenstand betrifft, der auf Seiten der Behörde bezogen auf den konkreten Vertragsinhalt und die darin versprochene Hauptleistung im öffentlichen Recht oder im Privatrecht geregelt ist, ob also die das vereinbarte Rechtsverhältnis beherrschenden wesentlichen Rechtsnormen für Jedermann gelten oder Sonderrechte des Staates sind, die sich zumindest auf einer Seite nur an Hoheitsträger wenden. Für die Zuordnung kommt es auf die Teile des Vertrags an, die schwerpunktmäßig das entscheidende Gepräge geben; maßgeblich sind also die vertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten, die aus der Sicht eines verständigen Betrachters die inhaltlich wichtigsten Vereinbarungen, gewissermaßen den wesentlichen Kern des Vertrags bilden. Entscheidend ist dabei aber, ob die im Vertrag selbst vereinbarte oder aber zugrunde gelegte oder vorausgesetzte Leistung der Behörde zum öffentlichen Recht gehört und mit der Leistung des Privaten im untrennbaren Zusammenhang steht.

Anders als in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Sachverhalt (BGH, Beschluss vom 23.01.2012 - X ZB 5/11 - juris Rdn. 22; vgl. zu einer Finanzierungsvereinbarung wegen Kindertagesstättenbau und -trägerschaft: Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 29.10.2018 - 10 ME 363/18 - juris Rdn. 9 ff.), existiert im vorliegenden Rechtsverhältnis zwar keine unmittelbare gesetzliche Norm, die das Vertragsverhältnis zwingend öffentlich-rechtlich gestaltet. Jedoch geht das Verwaltungsgericht zutreffend davon aus, dass die ausgeschriebene Dienstleistungskonzession und das damit angestrebte vertragliche Verhältnis weitgehend öffentlich-rechtlich geprägt ist; inhaltlich wird es durch Normen des öffentlichen Rechts geprägt. Zwar wird in dem veröf-

fentlichten Ausschreibungstext wie auch in den von den Beteiligten übersandten Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Zuschlag die erforderlichen Genehmigungen nicht beinhaltet. Alle erforderlichen Genehmigungen sind danach in einen bestimmten Zeitraum vor dem Beginn des Marktes einzuholen. Gleichwohl enthält das beabsichtigte Vertragsverhältnis weitgehende Vorgaben für diese behördlichen Verfahren und ist darauf ausgerichtet. Erforderlich für die Veranstaltung des Marktes sind verschiedene straßen- und gewerberechtliche Erlaubnisse wie Nutzungserlaubnis, Marktfestsetzung, straßenverkehrsrechtliche Ausnahmegenehmigungen, Genehmigung zur Durchführung einer Veranstaltung auf öffentlichen Verkehrsflächen und Ausnahmegenehmigungen des Umwelt- und Naturschutzamtes sowie zur Verlagerung der Nachtzeit und Sperrzeitverkürzung. Diese erforderlichen Verwaltungsakte, die im Übrigen weitgehend durch die Beklagte selbst zu erlassen sind, werden bereits durch das beabsichtigte Vertragsverhältnis in inhaltlicher und personeller Hinsicht gestaltet und vorweg genommen. Mit der Vergabeentscheidung wird grundlegend die Person des Antragstellers festgelegt und dessen Zuverlässigkeit geprüft. Darüber hinaus werden die Einzelheiten der Marktgestaltung, wie sie dann auch Gegenstand der folgenden Genehmigungsverfahren sind, im Detail vorgegeben. So enthält die Ausschreibung bereits wesentliche Teile dessen, was inhaltlich in den Genehmigungsverfahren zu beantragen ist, wie auch mögliche inhaltliche Bestimmungen der in diesen Verfahren zu erlassenden Verwaltungsakte und deren Nebenbestimmungen. So hat die Beklagte bereits in der Ausschreibung für das weitere Genehmigungsverfahren bestimmende Eckpunkte festgelegt, wie den Veranstaltungszeitraum, die Öffnungszeiten, die genau bestimmte Fläche des Marktes, wesentliche Marktbedingungen und die Zuverlässigkeitsnachweise. In den ergänzend von den Bewerbern angeforderten Unterlagen werden sodann diese Maßgaben noch wesentlich detaillierter bestimmt, bis dahin, dass zwingend ein Lageplan der Marktstände und ein Veranstaltungsprogramm vorzulegen sind und die im wesentlichen einzuhaltenden gewerbe-, umwelt- und sicherheitsrechtlichen Bedingungen vorgegeben werden.

Die Beklagte verkennt im Übrigen selbst diesen öffentlich-rechtlichen Charakter der Vergabeentscheidung nicht, indem sie dessen Bindungswirkung für das weitere Genehmigungsverfahren herausstellt (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 21.06.2017, Blatt 9 ff.).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Einer Streitwertfestsetzung bedarf es nicht, weil im vorliegenden Fall nach Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1 zu § 3 GKG) eine Festgebühr in Höhe von 60,00 € zu erheben ist.

Die Voraussetzung für eine Zulassung der Beschwerde gemäß § 17a Abs. 4 Satz 5 GVG liegen nicht vor.

Hinweis:

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 17a Abs. 4 Satz 4 GVG).

Bathe

Peters

Kirschbaum